

BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES,ART. 227 CP

BRIEF SURVEY OF THE OFFENCE OF NON-PAYMENT OF ALIMONY,ART. 227 OF THE CRIMINAL CODE

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.210-229



Asunción
COLÁS
TURÉGANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de agosto de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 2 de septiembre de 2013

RESUMEN: El delito de impago de pensiones es un ejemplo de infracción concebida para reforzar los incumplimientos de contenido civil. Ello provoca una serie de problemas interpretativos que son abordados en el trabajo, en el que se repasan los elementos más singulares del delito. Así, se estudia el bien jurídico tutelado, que se centra en la necesidad de proteger a los miembros más débiles de la familia. También será analizada la peculiar estructura típica, calificado como delito permanente, al requerir una repetición de actos para su consumación.

PALABRAS CLAVE: Derecho de familia, pensión compensatoria, pensión de alimentos, delitos contra las relaciones familiares.

ABSTRACT: The offense of non-payment of pensions is an example of infraction conceived to reinforce infringements of civil content. This cause a number of interpretive problems is addressed in the work, in which we review the most unique elements of the crime. So, we study the legally protected, which focuses on the need to protect the weakest members of the family. Also it is analyzed the peculiar structure will typically describe as permanent crime, to require a repetition of acts for its consummation.

KEYWORDS: Family law, compensatory pension, alimony, offenses against family relationships.

SUMARIO: I. Cuestiones generales y antecedentes.- II. Elementos típicos.- I. Bien jurídico protegido.- 2. Contenido de injusto.- 3. Sujetos. - 4. Conducta. Delito omisivo.- A) Situación típica.- B) Omisión de la acción esperada.- C) Capacidad para actuar.- 5. Tipo subjetivo.- III. Eximentes.- IV. Concurso de delitos.- I. Homogéneo.- 2. Heterogéneo.- V. Cuestiones procesales.- I. Delito semipúblico.- 2. Objeto del proceso: la responsabilidad civil.- VI. Conclusiones.

I. CUESTIONES GENERALES Y ANTECEDENTES.

Tradicionalmente los conflictos entre los miembros de la familia quedaban al margen del Derecho penal, resolviéndose o, en su caso, cegándose dentro del ámbito privado. Con la excepción de hechos particularmente graves, atentatorios a los valores más importantes del ser humano -siendo un buen ejemplo los históricos delitos de parricidio o infanticidio o ataques a la moral sexual, como los abusos sexuales incestuosos¹-, el resto de infracciones del Derecho de familia eran resueltas a través del Derecho privado, es por ello que en la etapa de la codificación no se contempla este tipo de incumplimientos en el CP².

No obstante sí la hemos encontrado en los breves periodos históricos en los que ha estado en vigor la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial mediante el divorcio. Así durante la Segunda República, la Ley de divorcio contemplaba en su art. 32 la tipificación de una figura delictiva de notables similitudes con la actual, lo cual demuestra, la existencia, con bastante frecuencia, de importantes conflictos cuando las relaciones conyugales se deterioran, conflicto que en muchas ocasiones deriva hacia determinados incumplimientos de los acuerdos alcanzados. Por la importancia de los bienes afectados, el legislador ha considerado, en los dos momentos históricos en que ha estado vigente el divorcio en España, tipificar como delito el impago de pensiones.

- 1 Cabe subrayar que históricamente se negaba la posibilidad de la violación dentro del matrimonio. Véase un análisis de las diferentes posiciones y de la evolución en Carmona Salgado, C. en Cobo del Rosal, M. (coord. González Rus, J.J.) *Derecho penal Español. Parte Especial*. Madrid (2005): Dykinson, 260-263. Sin embargo, en la actualidad la jurisprudencia es clara en el sentido de admitir sin excepciones la violación en el seno del matrimonio, al considerarse que éste no impone a la mujer una reducción de la libertad de decisión en materia sexual frente al marido, véase. en este sentido la STS 8 febrero 1995 (RAJ 1996, 829) que señala que «este tipo de conductas constituye, sin duda alguna, un grave atentado al bien jurídico protegido por el tipo, que es la libertad sexual, libertad que no se anula por la relación conyugal por lo que no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o intimidación la voluntad contraria del cónyuge».
- 2 Un completo estudio de los antecedentes de la figura en Muñoz González, L. "Líneas evolutivas en la criminalización de la inasistencia familiar-conyugal y postconyugal". *Eguzkilore* (Diciembre 2009), 269-276.

• Asunción Colás Turégano

Es Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia, en enero de 1996 defendió su Tesis Doctoral dirigida por el profesor D. Tomás Vives Antón sobre los problemas de constitucionalidad planteados por los delitos contra el medio ambiente. Desde 1993 imparte clases de Derecho penal en la Universidad de Valencia, siendo profesora titular de Derecho penal desde enero de 1999. Ha participado en diferentes proyectos de investigación y tiene monografías y artículos científicos en materias como protección penal del medio ambiente, delincuencia juvenil, diversidad cultural, derechos de la mujer, derecho a la imagen.

A pesar de que la mayoría de las disputas familiares quedaban al margen del Derecho penal, con las excepciones ya vistas, la nueva concepción de la familia que se mantiene tras la guerra civil, considera a la institución como uno de los pilares fundamentales de la nueva sociedad, lo que da lugar a importantes cambios en la configuración de las relaciones familiares, dotando a la institución matrimonial de una especial protección que trae la aparición de nuevas figuras delictivas. Así, mediante la Ley de doce de marzo de 1942, se introduce en el CP el delito de abandono de familia.

El establecimiento del régimen democrático y la aprobación de la Constitución de 1978 va a traer importantes novedades jurídicas, una de las más trascendentes la aprobación de la Ley del divorcio en 1981. Tal como había ocurrido durante la Segunda República, se comprueba que una de las consecuencias más indeseables del nuevo panorama de las relaciones familiares, es el importante grado de incumplimiento de las prestaciones civiles derivadas de los convenios reguladores en las situaciones de separación o divorcio. Ante el grave problema social que dichos incumplimientos provocan y dada la incapacidad de la jurisdicción civil para hacer frente al mismo, valorando la importancia de los intereses en juego y la vulnerabilidad de las personas afectadas, el legislador toma la decisión de tipificarlos como delito. Fue mediante la LO 3/89 de 21 de junio por la que se introduce en el art. 487 bis CP, el llamado delito de impago de pensiones. Posteriormente el CP de 1995 recoge un nuevo Título XII bajo la denominación **delitos contra las relaciones familiares** cuyas principales novedades fueron:

1º) La ampliación de la protección a prestaciones derivadas de procesos de filiación y/o alimentos a favor de los hijos.

2º) La inclusión del incumplimiento de prestaciones de carácter no periódico.

3º) Se regula de manera expresa, dentro del tipo, el contenido de la responsabilidad civil.

La última reforma en la materia se ha producido mediante la LO 15/2003, que modifica la penalidad e introduce una falta de incumplimiento de obligaciones familiares en el art. 618.2, en la que se albergan aquellas conductas que no alcancen los plazos fijados para el delito y los incumplimientos que no tengan contenido económico.

Como conclusión se puede afirmar que el delito de impago de pensiones, con cierta tradición en nuestro ordenamiento jurídico, fue reintroducido en el año 1989 para hacer frente al grave problema de los incumplimientos en el pago de la pensión derivada de un proceso de divorcio o nulidad por la negativa situación en que quedaban el cónyuge y los hijos ante el impago del deudor.

La figura nació envuelta en la polémica al ser denunciada por inconstitucional al considerarse que nos encontramos ante un supuesto de prisión por deudas, prohibido por el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1962. Para superar dichas objeciones la doctrina se ha esforzado en interpretar el precepto desde una perspectiva constitucional haciendo pendular las razones de su tipificación, bien en la sanción ante el incumplimiento de resoluciones judiciales, en la regulación española se exige que la pensión haya sido establecida o refrendada por una resolución judicial, bien ante la grave situación de necesidad que el incumplimiento del deudor aboca a los acreedores.

Como en tantas otras ocasiones se ha criticado lo innecesario de la figura por la existencia en el ordenamiento penal de preceptos que podrían aplicarse a los supuestos de incumplimiento. Así, de concebir la figura en clave formal, como incumplimiento de resoluciones judiciales, se podría acudir al delito de desobediencia a las disposiciones judiciales. De mantener la postura que la clave de la misma radica en la posición de desamparo del deudor, se podría recurrir al delito de alzamiento de bienes. Lo cierto es que nuestro legislador quiso en el año 1989 dotar de sustantividad a la figura y la introduce en nuestro CP, a semejanza de otros códigos europeos de los que puede ser un buen ejemplo el CP francés que recoge el delito en el art. 227-3. Como ya se ha señalado hay en el ordenamiento jurídico español un antecedente pues ya se contempló la infracción en nuestro derecho histórico: la ley de divorcio de 2 de marzo de 1932 en su art. 34, sancionaba con pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 pesetas "al cónyuge divorciado que, viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes en virtud de un convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, culpablemente dejara de pagarla durante tres meses consecutivos", si el sujeto reincidía obligatoriamente se le imponía la pena de prisión. La figura desaparece posteriormente al derogarse la ley que la regulaba y dejar de admitirse en nuestro país el divorcio, para volverse a introducir con la reintroducción de esta forma de ruptura del vínculo. Mediante la reforma del CP llevada a cabo en junio de 1989, el delito quedó recogido en el ámbito de los delitos contra la libertad y seguridad, junto al delito de abandono de familia en el art. 487 bis que castigaba con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas a quien "dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio". El CP de 1995, mantuvo la figura si bien cambió la ubicación sistemática al crearse un nuevo título, el decimosegundo, dedicado a **los delitos contra los derechos y deberes familiares** cuya sección 3ª regula los delitos de abandono de familia, menores e incapaces, dedicando el art. 227 al impago de pensiones, en el que se establece:

“1º. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

2º. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida en forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior:

3º. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”.

Por su parte el art. 228 establece una condición objetiva de procedibilidad:

“Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, solo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”.

Son bastantes las novedades del nuevo código, para empezar se hace eco de alguna de las críticas doctrinales a la anterior regulación, así, subsana la omitida referencia a los hijos extramatrimoniales, incluye el incumplimiento de prestación de pago único, y contiene una referencia expresa al régimen de la responsabilidad civil derivada del delito. También es importante destacar la rebaja en el nivel de ofensividad al adelantar la existencia de delito ante dos incumplimientos consecutivos o cuatro no consecutivos frente a los tres y seis de la anterior regulación.

La última modificación en la materia se incorpora mediante la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica la penalidad del art. 227 y además introduce una nueva falta de incumplimiento de obligaciones familiares en el art. 618.2 CP para incluir los incumplimientos económicos no constitutivos de delito así como incumplimientos sin contenido económico, por ejemplo el del régimen de visitas. Son muchas las cuestiones que suscita la introducción de esta nueva infracción leve, pero es primordial destacar y denunciar que nos hallamos ante una clara manifestación del proceso expansivo del Derecho penal al que estamos asistiendo en los últimos tiempos, desconociendo uno de los principios básicos de la disciplina: el de intervención mínima como manifestación del principio general de proporcionalidad. El Derecho penal, que debería ser último recurso del ordenamiento por la gravedad de sus consecuencias, se convierte en la primera opción a la que se acude. Hay que tener en cuenta que las consecuencias negativas ante infracciones de escasa entidad, más en un ámbito tan delicado y privado como

el de las relaciones familiares, pueden ser mayores que de acudir a las otras opciones que ofrece el ordenamiento, en primer lugar la jurisdicción civil y, como ámbito que se va abriendo camino en los últimos tiempos con esperanzadoras posibilidades: la justicia reparadora tanto en el ámbito civil como en el penal.

Pues bien, en la ponencia se tratará de exponer diferentes aspectos de tan interesante figura delictiva que tanta polémica jurisprudencial y doctrinal suscita, al ser muy diversas y hasta encontradas las resoluciones sobre la misma, lo que resulta bastante negativo para la necesaria seguridad jurídica³.

II. ELEMENTOS TÍPICOS.

I. Bien jurídico.

Como ya se ha señalado, una de las cuestiones más polémicas respecto a la figura que nos ocupa es la relativa a cuál o cuáles son los bienes que el legislador se propuso tutelar con su tipificación. Es por ello que son diversas las posturas que se pueden encontrar respecto a cuál es el bien jurídico protegido por el delito. Ha sido Lorenzo Copello⁴ la autora que de manera más completa ha sistematizado dichas posiciones en torno a cuatro puntos de vista. Una primera postura considera que el delito tutela la administración de justicia al poner el acento de la figura en el necesario respeto a las decisiones judiciales, asimilándola a una especie de delito de desobediencia, es la postura que mantiene, entre otros, el profesor Muñoz Conde⁵. Son diversas las críticas dirigidas a este punto de vista, pero fundamentalmente se subraya su carácter estrictamente formal y el solapamiento con el delito de desobediencia. Una segunda postura apela al concepto de seguridad en el ámbito de las relaciones familiares posición que también se mantiene respecto a otras figuras del mismo capítulo. Interpretación que quizá esté vinculada a la ubicación sistemática del delito de abandono de familia en el CP de 1944, ubicación que comparte el impago de pensiones cuando es introducido en el Código en el año 1989. También a ella se dirige la crítica de excesivo formalismo. Para soslayar dicha objeción, otros autores se han esforzado en dar a la figura un contenido material que salve la posible inconstitucionalidad del precepto por los roces con el principio de ofensividad. En dicha dirección las dos últimas posiciones, así una tercera sitúa el valor tutelado en el conglomerado de derechos y deberes en el ámbito de las relaciones familiares, posición que ciertamente dota de contenido material a la infracción pero adolece y por ello es criticada, de cierta imprecisión. Finalmente Lorenzo⁶ considera que el

3 Magro Servet, V. "La casuística del delito de impago de pensiones en el nuevo CP". LL (2004). 5934. 1-2

4 Lorenzo Copello, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*. Valencia (2001): Tirant lo Blanch, 59-69.

5 Muñoz Conde, F. *Derecho penal Parte especial*. Valencia (2010): Tirant lo blanch, 322 y ss. En similar dirección González Rus, J.J. en Cobo del Rosal, M. (coord) González Rus, J.J.. *Derecho Penal Español- Parte Especial*. Madrid (2005): Dykinson, 437.

6 Lorenzo Copello, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, cit., 69.

delito de impago de pensiones y las restantes figuras del abandono de familia se dirigen a proteger “la integridad personal de los beneficiarios de las prestaciones, entendida no solo en el reducido alcance de la vida y la salud física y psíquica de estas personas, sino en el sentido más amplio del conjunto de condiciones-en este caso materiales- susceptible de garantizarles una vida digna”.

En una primera lectura esta última posición parece la más atendible al identificar un contenido material como objeto de tutela, con ello se superan las críticas que se habían dirigido a las posturas formales al neutralizarse los peligros para el principio de ofensividad y el posible solapamiento con el delito de desobediencia. La concreción del valor tutelado en dichos términos debe tener consecuencias en la aplicación del delito, lo que, por ejemplo, llegaría a excluir la figura por atipicidad, ante la falta de afectación al bien jurídico en aquellos supuestos en que el impago de la prestación no implique un menoscabo a la integridad personal de los beneficiarios en el sentido de no impedir el desarrollo de una vida digna.

2. Contenido de injusto.

Pareciendo la integridad personal la opción más atendible por lo que se refiere al bien jurídico tutelado por el delito, cabe ahora determinar cuál es el contenido de injusto de la figura, qué grado de afectación al bien jurídico es preciso para completar los requisitos típicos.

La mayor parte de la doctrina considera que nos hallamos ante un delito de peligro abstracto puesto que de la redacción típica no se deduce la necesidad de daño o peligro concreto para el bien jurídico. Que nos encontremos ante un delito de peligro abstracto no significa que sea suficiente, para cumplimentar las exigencias típicas, constatar el número de incumplimientos requeridos por el tipo -dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos o el impago de la prestación conjunta o única acordada-. Para colmar las exigencias del principio de ofensividad se exige la realización de un juicio **ex ante** de peligrosidad de la acción, es necesario comprobar que en el momento de verificarse la omisión, el impago de la pensión/prestación, el/los sujeto/s pasivos podían sufrir riesgo para su integridad personal derivado de dicho impago⁷.

Esta exigencia, subrayada por la profesora Laurenzo⁸, impone al juez la exigencia, para ser respetuoso con el principio de ofensividad, de comprobar que el incumplimiento en el pago de las prestaciones, efectivamente ha implicado un panorama de riesgo para la integridad personal de los beneficiarios de la prestación no satisfecha. Ha de alcanzar el convencimiento de que dicha omisión conlleva dicho

7 Laurenzo Copello, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, cit., 71. Así lo exige también: Boix Reig, F.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid (2012): Iustel, 77.

8 Laurenzo Copello, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, cit., 71.

grado de peligro, de lo contrario, de no poder alcanzar dicho convencimiento, si la omisión no provoca dicha situación, no se verán cumplimentados los niveles de peligro que el tipo requiere y por lo tanto estaremos ante un supuesto de atipicidad por falta de ofensividad.

3. Sujetos.

De acuerdo con la descripción típica solo puede ser sujeto activo el obligado al pago de la pensión compensatoria en favor del cónyuge o ex cónyuge o la pensión de alimentos en favor de los hijos, o prestación económica de pago único a favor de aquel o de estos, pensión o prestación que tienen que haber sido declaradas por resolución judicial (auto o sentencia) o convenio privado aprobado judicialmente en un proceso de separación, divorcio, nulidad, filiación o alimentos.

Que el legislador establezca especiales exigencias para ser sujeto activo implica que nos hallamos ante un delito especial propio, pues el tipo ciñe el círculo de sujetos al especialmente obligado. Únicamente el cónyuge o progenitor obligado por una resolución judicial o convenio aprobado judicialmente a satisfacer la pensión puede llegar a ser sujeto activo del delito. Por lo tanto, responsable en concepto de autor solo puede ser el sujeto deudor de la mentada prestación, sin perjuicio que puedan existir otros responsables como partícipes del hecho delictivo (cooperador, inductor...)

En cuanto al sujeto pasivo, es claro que solamente puede ser el que aparece en la resolución judicial como beneficiario de la prestación: cónyuge, ex cónyuge, en procesos de nulidad, separación o divorcio e hijos en el caso de procesos de filiación o alimentos. Nos encontramos, por tanto, también ante un sujeto pasivo especial.

La regulación no contempla los incumplimientos en el pago de la pensión derivada de la ruptura de una pareja de hecho, en esta situación la conducta queda fuera del ámbito penal por lo que respecta a los convivientes, sin embargo sí se considera el incumplimiento de la pensión respecto a los hijos extramatrimoniales, como parece por otra parte adecuado y justo. En este punto el CP de 1995 ha venido a superar la discriminación para con esta categoría del antiguo art. 487 bis⁹. La protección respecto a los descendientes se extiende más allá de la mayoría de edad si, según lo dispuesto en el art. 93 CC, carecieren de ingresos propios y convivieren en el domicilio familiar:

No hay referencia típica a los ascendientes por lo que en supuesto de impago de la prestación que les pueda corresponder habrá que acudir al delito de abandono de

9 Soto Rodríguez, M. L. "El impago de pensiones como delito". LL (2012). 7874, 3.

familia siempre que el impago de la prestación provoque una situación de necesidad tal como exige el referido tipo (art. 226 CP).

4. Conducta. Delito omisivo.

Como se deriva de la descripción típica comete este delito quien **dejare de pagar...**, por tanto, estamos ante un típico delito de omisión. Comete la infracción el sujeto que no realiza aquella acción que el ordenamiento jurídico espera de él. Si la doctrina ha destacado el componente normativo de la omisión, en mayor grado en este supuesto, dado que dicha actuación esperada tiene su origen en una resolución jurídica, la sentencia u auto judicial por el que se fija la pensión o se aprueba el pacto alcanzado por las partes.

Es un delito de omisión pura que quedará consumado en el momento en que el sujeto omita la acción esperada -impago en los plazos fijados de la pensión o prestación económica de pago conjunto o único-, no exige, por tanto, ningún resultado material; ya se ha señalado al analizar el contenido de injusto de la figura que estamos ante un delito de peligro abstracto. No obstante, dado que se exige una particular posición en el sujeto activo, puesto que éste únicamente puede ser el obligado al pago, estamos ante lo que la doctrina denomina un delito de omisión pura de garante.

Tradicionalmente la doctrina penal ha exigido en la estructura de todo delito omisivo los siguientes elementos¹⁰:

A) Situación típica.

Hablamos de situación típica, para referirnos, en palabras de Jescheck, a “la situación fáctica que permite deducir en cada caso el contenido concreto del deber de actuar”¹¹. En este supuesto la mentada situación implica la existencia de la obligación de pago de una pensión compensatoria en favor del cónyuge o ex cónyuge o de una pensión de alimentos en favor de los hijos o de cualquier otra prestación económica única o conjunta. Tal obligación, por expreso mandato legal ha de haber sido declarada mediante resolución judicial, sentencia que ponga fin al procedimiento o auto que establezca medidas provisionales o bien aprobando el convenio alcanzado de mutuo acuerdo por las partes. La pensión cuyo incumplimiento da lugar a la comisión del delito deriva de un proceso de separación legal, divorcio, declaración de nulidad de matrimonio, de filiación o de alimentos en favor de los hijos. La resolución puede tener la forma de sentencia o de auto que establezca medidas provisionales.

¹⁰ Véase Por todos Jescheck, H.-H. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Granada (1993): Comares, 559 y ss.

¹¹ Jescheck, H.-H. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, cit., 559.

Hay cierta controversia doctrinal respecto a la necesidad de la firmeza de la resolución para la tipicidad del hecho, Boix no exige dicha firmeza para la perfección típica al no tener el recurso que se dirige contra dichas resoluciones efectos suspensivos¹². Sin perjuicio que el impago de la pensión por el sujeto que ha recurrido pueda tener efecto en otras esferas del delito, alegando, por ejemplo, no ser consciente de la ilegalidad de su conducta precisamente por haber recurrido la decisión que se la impuso, lo que podría plantear un supuesto de error. Otros autores¹³, sin embargo, apelando al principio de intervención mínima, consideran que en estos casos de no firmeza de la resolución por pender sobre la misma un recurso, lo adecuado es derivar el incumplimiento a la jurisdicción civil.

Lo que sí es evidente, dado que el tipo es explícito en la exigencia de que la obligación surja de una resolución judicial, que nunca constituirán suficiente base para el nacimiento del delito aquellas obligaciones pecuniarias nacidas de un pacto o convenio privado no refrendado judicialmente¹⁴.

B) Omisión de la acción esperada.

La acción que el ordenamiento espera del sujeto particularmente obligado, no en vano estamos ante una omisión pura de garante, consiste en abonar la pensión (compensatoria o de alimentos) en los plazos fijados o refrendados por la resolución judicial o pagar la prestación económica única o conjunta, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 2º del art. 227. El tipo exige respecto a las prestaciones de pago periódico el cumplimiento de una serie de plazos, en concreto cometerá el delito “el que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos”. Esta peculiar estructura típica, que más adelante abordaremos, da lugar a no pocos problemas, por solo mencionar alguno, se ha discutido la solución a dar en los supuestos en que el sujeto paga solo parcialmente la pensión, situación que cabrá ser analizada individualmente para ver el grado de incumplimiento pero que, en principio, si la falta de pago es parcial, hay incumplimiento, ha dejado de pagar el montante total y por ello habría responsabilidad penal. Otra cuestión que ha surgido de la casuística a que ha dado lugar la aplicación de la figura es la relativa a los pagos fuera de plazo, la respuesta es similar; ha habido incumplimiento, por lo tanto surge la responsabilidad penal, sin perjuicio de que ese pago pueda valorarse como muestra de buena voluntad y de intención reparadora a efectos de la aplicación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5.

C) Capacidad para actuar.

12 Boix Reig, F.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., 78.

13 Magro Servet, V. “La casuística del delito de impago de pensiones en el nuevo CP”, cit., 6.

14 Corcoy Bidasolo, M. *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados* (vol. t. I). Valencia (2011): Tirant lo Blanch, 338.

El tercero de los requisitos exige que el sujeto que omite tenga capacidad para actuar, ha de verificarse que el sujeto hubiera podido pagar la prestación. Mal podría exigirse responsabilidad a aquel sujeto que no actuó porque, por sus concretas circunstancias, no podía hacerlo. La doctrina ha analizado la naturaleza jurídica de las situaciones en que el sujeto incumple la obligación a consecuencia de su incapacidad económica. Un sector de la doctrina considera que dado que la capacidad de acción es un elemento de la conducta de los delitos omisivos, al faltar dicho requisito nos hallaríamos ante una situación de atipicidad. En concreto Choclán¹⁵ afirma que “en este delito...la inexigibilidad del comportamiento adecuado a la norma hace desaparecer ya el deber de acción y con ello el tipo”. Otros autores, por el contrario, consideran la existencia de todos los elementos típicos, si bien apelan, en casos de incapacidad económica acreditada, a la posible aplicación de alguna eximente.

La decisión sobre la naturaleza jurídica de dicha incapacidad como causa de atipicidad o base para la apreciación de una eximente (estado de necesidad), tiene consecuencias en el ámbito del proceso, pues de considerar que estamos ante un elemento típico, es la acusación la que debe acreditar, con pruebas fehacientes, la concurrencia del mismo. Choclán considera que las acusaciones deben probar tanto el elemento objetivo de la capacidad para el pago del sujeto activo como su voluntad de incumplir la obligación, elementos del tipo objetivo y subjetivo respectivamente¹⁶. Es en el proceso penal y más concretamente en la fase de juicio oral cuando las partes acusadoras han de acreditar la solvencia económica del acusado y su voluntad de incumplir la resolución del juez civil, sin que esta última pueda ser utilizada como exclusiva evidencia de su capacidad económica y de su mala voluntad¹⁷. Siendo esta postura la más respetuosa con el principio de legalidad al ser un componente de la tipicidad de los delitos omisivos la capacidad de acción, que en este caso no concurre, la jurisprudencia y la Fiscalía General del Estado en su Consulta 1/2007 postulan que sea el acusado el que demuestre su incapacidad para el pago, en una lectura del precepto que pugna con el necesario respeto al principio a la presunción de inocencia. Las razones que se alegan para mantener dicha postura tienen mucho que ver con la mayor facilidad de éste para probar su incapacidad económica. Se dice que, de darse ésta, siempre puede recurrir la resolución del juez civil, si ésta todavía no es firme. De ser firme, si su situación económica ha empeorado posteriormente puede instar una modificación del convenio regulador; en definitiva es el que más fácilmente puede aportar al procedimiento penal pruebas que acrediten su incapacidad de pago.

15 Choclán Montalvo, J.A. “La prueba de la capacidad económica del acusado en el delito de impago de pensiones”. LL (1995). II, 4.

16 Choclán Montalvo, J.A. “La prueba de la capacidad económica del acusado en el delito de impago de pensiones”, cit., 9.

17 Choclán Montalvo, J.A. “La prueba de la capacidad económica del acusado en el delito de impago de pensiones”, cit., 10.

5. Tipo subjetivo.

Al no contemplar el CP la posibilidad de comisión imprudente, el delito es necesariamente doloso. Para que la conducta sea relevante para el Derecho penal, el sujeto ha de incumplir su obligación de pago de forma consciente y voluntaria. Habrá que analizar cada supuesto concreto pero cabría imaginar situaciones en las que reiterados incumplimientos se deban a una situación de descuido de sus obligaciones financieras, pensemos en el sujeto que tiene domiciliado el pago de la pensión en una cuenta que se queda sin fondos por tener que hacer frente a gastos inesperados, si el sujeto, una vez avisado del incumplimiento, subsana la situación y da una explicación adecuada de su descuido, quizá no estaríamos en el ámbito de los comportamientos dolosos sino en el ámbito de la imprudencia, por lo que las consecuencias de dicho incumplimiento se deben reconducir al ámbito civil.

Es por ello imprescindible acreditar que el sujeto incumplidor ha actuado con malicia, con la intención de perjudicar la integridad personal de los beneficiarios de la pensión, de no probarse dicho elemento intencional, cabrá considerar que el hecho es atípico.

III. EXIMENTES.

Afirmada la existencia de todos los elementos típicos cabrá indagar supuestos en los concurren causas que excluyan la antijuridicidad, la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad o supuestos de inexigibilidad de la conducta debida.

Podemos imaginar situaciones de inimputabilidad, por anomalía o alteración psíquica. Pensemos en el sujeto afectado por un trastorno bipolar en cuya fase maniaca gasta todos sus ingresos en su principal afición incumpliendo de forma reiterada el pago de la pensión.

En el ámbito de las causas de justificación, podría plantearse la admisibilidad del consentimiento del sujeto pasivo, sobre todo si consideramos que nos hallamos ante un delito semipúblico que exige la denuncia del agraviado. De este modo, si ante una mala etapa económica, el cónyuge acreedor de la pensión consiente en que el obligado deje de pagar hasta que mejore su situación, no puede luego denunciar por los incumplimientos que ha permitido, claro es que deberán cumplirse los requisitos para la apreciación de esta eximente, el consentimiento ha de ser otorgado de forma expresa, por un sujeto mayor de edad y capaz - por tanto el consentimiento otorgado por los hijos menores de edad no será válido, tampoco el prestado por incapaces-. De confirmarse dichos requisitos se podría apreciar la existencia de esta causa de justificación.

Una situación ya apuntada, relacionada con la exigencia o no de firmeza en la resolución que da refrendo a la prestación, es la posible alegación de error de prohibición por el sujeto que habiendo recurrido la resolución judicial y no habiendo sido apercibido de pago, no paga en la creencia que no está obligado por una resolución que no es firme, no siendo consciente del carácter antijurídico de su comportamiento

Otra de las eximentes que podrían ser alegadas es el estado de necesidad, pensemos en el sujeto con cierta capacidad económica que, en el momento de dictarse la resolución judicial le permitía hacer frente a los pagos pero, por una situación repentina e inesperada no puede cumplir con su obligación. Podemos imaginar distintas situaciones: el sujeto que trabaja y percibe un salario y por una crisis empresarial deja de percibirlo o el sujeto que ingresa en prisión y al dejar de trabajar deja de recibir el salario que le permitía abonar la pensión, o el sujeto que contrae una grave enfermedad que además de impedirle trabajar le acarrea importantes gastos. Son supuestos en los que cabría solicitar una revisión de la sentencia o del convenio de las partes. Pero es imaginable que en tanto se produce una nueva resolución, se cumplan los plazos fijados por el art. 226. Es evidente que tales situaciones excepcionales, así tienen que ser, abocan al sujeto a una situación de inexigibilidad que podría dar lugar a la apreciación de la eximente de estado de necesidad.

Otra situación de inexigibilidad, más atípica, es la hipotética apreciación de una situación de miedo insuperable, pensemos en el sujeto que es amenazado de muerte por su actual pareja y su familia si abona la pensión a su ex esposa, podríamos plantear una situación de temor insuperable para su integridad que haría inexigible el cumplimiento de la obligación, de cumplirse los requisitos de la eximente el incumplimiento no tendría trascendencia penal.

IV. CONCURSO DE DELITOS.

I. Homogéneo.

Por las características del impago de prestaciones periódicas, surgen dudas sobre cómo valorar el cumplimiento reiterado de las exigencias típicas: el sujeto deja de abonar la pensión durante dos meses no consecutivos o cuatro no consecutivos y continúa incumpliendo, hasta completar uno o más periodos de incumplimientos con relevancia típica. La situación plantea cuestiones de índole procesal: cuándo y cómo fijar el objeto del proceso y, de carácter sustantivo: cuestionándose si sería posible acudir a la figura del delito continuado para abarcar el desvalor total de los sucesivos incumplimientos.

Respecto a la fijación del objeto del proceso, la Fiscalía General del Estado en su Consulta 1/2007 determina criterios para fijar la fecha inicial y final de los incumplimientos. En cuanto a la fecha inicial no ofrece dudas, sería el momento en que se dejó de pagar la prestación debida. Más dificultades plantea la determinación de la fecha final, la fiscalía postula que el delito quedará perfeccionado cuando se deje de abonar la segunda mensualidad consecutiva o la cuarta no consecutiva, solución que deriva de su postura respecto a la naturaleza del delito, al considerar que estamos ante un delito permanente, por asimilación al delito de abandono de familia del que se considera un subtipo, aunque con importantes particularidades por la exigencia de omisiones reiteradas, lo que lleva a considerarlo como delito permanente de tracto sucesivo acumulativo. No se admite, pues, la posibilidad de aplicar la construcción del delito continuado, postura que también comparte la jurisprudencia mayoritaria, la perfección del delito se producirá en el momento en que se vean colmados los requisitos típicos: omisión dolosa del pago de la pensión durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos. Los sucesivos incumplimientos no darán lugar a una nueva figura delictiva, sino que se tendrán en cuenta a efectos de determinar la gravedad del hecho por la aplicación del arbitrio judicial en la modulación de la pena (art. 66 CP) y para la concreción del montante de la responsabilidad civil.

Cuestión distinta, mas importante, es la de acotar el objeto del proceso, en este punto, como señala la Consulta de la fiscalía, el criterio de la jurisprudencia es **disperso y diverso** encontrándose desde resoluciones que hacen coincidir el momento final con la denuncia o querella, a otras que lo extienden hasta el auto de apertura del juicio oral e incluso hasta la ejecución de la sentencia. A efectos de preservar adecuadamente el derecho de defensa y, como acertadamente apunta Boix¹⁸, dado que el objeto del proceso se fija en el auto de apertura de juicio oral, ese debería ser el punto final en el que se recogieran los sucesivos incumplimientos. Si el sujeto sigue incumpliendo, tras ese momento, de manera reiterada nos encontraríamos ante un nuevo delito.

2. Heterogéneo.

El delito que nos ocupa presenta cierta proximidad con otras figuras delictivas. Como ya se ha analizado al examinar las diversas posturas en torno al bien jurídico protegido, algunos autores consideran que estamos ante una figura muy cercana a la desobediencia, según este punto de vista, con el castigo de esta conducta el legislador se propuso asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales, si bien, como hemos concluido no es esta la posición que estimamos más adecuada, sí es cierto que ese requisito se contempla dado que el sujeto que no abona la pensión incumple lo establecido por una resolución judicial, es por ello que entre el delito de

18 Boix Reig, F.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., 77.

desobediencia y el de impago de pensiones existe un concurso aparente de leyes a resolver por el principio de especialidad¹⁹.

Otra figura con la que existe cierta relación es con el delito de alzamiento de bienes, son diversos los autores y la jurisprudencia que admiten la existencia de un concurso medial, cuando el sujeto se coloca en posición de insolvencia a efectos de devenir incapaz para abonar la pensión, sin embargo cabe analizar cada supuesto de manera concreta pues como señala Boix²⁰, si la única finalidad del alzamiento es la de incumplir el pago de la pensión o prestación, podría considerarse como acto copenado del delito de impago de pensiones y considerar únicamente éste por aplicación del principio de consunción.

En la práctica dado el nivel de confrontación que a veces acompaña a las rupturas matrimoniales no es infrecuente que el delito de impago de pensiones venga acompañado de delitos con un componente de género como el maltrato habitual (art. 173.2), y otros delitos en el ámbito familiar: lesiones (art. 153) amenazas (art. 171.4.5), coacciones (art. 172.2).

V. CUESTIONES PROCESALES.

I. Delito semipúblico.

El delito de impago de pensiones se configura como infracción semipública puesto que el art. 228 establece la necesidad de denuncia de la "persona agraviada o de su representante legal". De ser menor de edad, incapaz o persona desvalida podrá denunciar por ella el Ministerio Fiscal. Pueden por tanto interponer la denuncia los agraviados entendiéndose por tales los beneficiarios de la prestación económica no satisfecha, así, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 227 agraviados pueden ser el cónyuge, el ex cónyuge y los hijos. De ser estos menores de edad o incapaces puede denunciar el progenitor que los tenga a su cargo o, en última instancia el Ministerio Fiscal, que ostenta la representación de los agraviados menores, incapaces o desvalidos. Es por tanto bastante frecuente en la práctica que sea el cónyuge quien denuncie en representación de los hijos menores o incapaces que con él conviven. Y se ha suscitado la cuestión respecto a la validez de la denuncia cuando ésta se interpone por el cónyuge al ser agraviado y en representación de los hijos que conviven con él o ella pero que ya son mayores de edad. A pesar de que es posible encontrar alguna resolución aislada en la que se admite la representación por los hijos mayores de edad convivientes: SAP Santa Cruz de Tenerife de 24 marzo 2000 (ARP 2000,64), también SAP Zaragoza 4 noviembre 1999 (ARP 1999,

19 Boix Reig, F.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., 83. No obstante hay autores que consideran la existencia de un concurso ideal, así Torres Rosell, N. en Quintero Olivares, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Cizur Menor (2011): Aranzadi, 601-602.

20 Boix Reig, F.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., 83.

4798); en puridad el tenor literal del precepto no da lugar a duda y solo admite la representación legal de los menores e incapaces, por lo que dicha denuncia no será efectiva respecto a los hijos. Esa falta de denuncia válida -al ser presentada por quien ya no ostenta la representación legal del hijo mayor de edad- ante el impago de la pensión de alimentos, va a tener como consecuencia que no se pueda condenar penalmente por la omisión en el pago de la pensión a los hijos, solo, en su caso, se tendrá en cuenta el impago de la pensión compensatoria. Y, en consecuencia, al no existir sentencia condenatoria por el impago de la prestación de alimentos, tampoco podrá contemplar la sentencia el impago de estas cantidades a efectos de fijar la responsabilidad civil. La única vía que queda a los hijos en este caso es la civil, siempre que no hayan transcurrido los plazos de prescripción.

Finalmente es importante también subrayar que una vez presentada la denuncia, puesta en marcha la maquinaria judicial, ya no hay marcha atrás, dado que esta figura no admite el perdón, causa de extinción de la responsabilidad criminal que solo opera en aquellas infracciones que expresamente lo prevean, como así dispone el art. 130.5°, no siendo ésta una de ellas.

2. Objeto del proceso. Responsabilidad civil.

Una de las particularidades del proceso penal español radica en la acumulación de la acción penal y civil. El juez penal se pronuncia tanto sobre la responsabilidad penal como sobre el montante de la responsabilidad civil derivada del delito. Aunque el origen de tan particular sistema tiene que ver con la inexistencia de CC en el momento en que se aprueba el primer CP y ante la necesidad de regular los daños y perjuicios civiles derivados del delito, no fue alterado con la aprobación del texto civil, pues en la práctica resulta mucho más beneficioso para el perjudicado, al ahorrarle acudir a un segundo proceso ante las instancias civiles para reclamar dicha responsabilidad.

La doctrina que se ocupó del estudio del delito bajo la anterior regulación se preguntaba si podía integrar la responsabilidad civil las prestaciones impagadas, considerando algunos autores que estas prestaciones incumplidas eran el contenido de una obligación civil previa a la conducta típica y por tanto no una consecuencia negativa del delito.

La responsabilidad civil tiene por objeto resarcir al perjudicado por el delito de los daños que éste le ha ocasionado. Como establece el art. 109 CP, "La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos revistos en las Leyes los daños y perjuicios por él causados". Como señala Silva²¹,

21 Silva Sánchez, J. M. "¿"ex delicto"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal". *InDret* (2001). 3, 9.

el delito de impago de pensiones es un ejemplo en el que la responsabilidad civil derivada del delito “abarca el pago de obligaciones que no surgen del daño derivado del delito, sino que preexisten a éste”. Esta singularidad dio lugar a diferentes posicionamientos, como señala el citado autor, frente a la tesis mantenida por la Fiscalía General tanto en su Circular 2/1990 como en la Consulta 1/1993, la mayoría de los tribunales y la doctrina consideró que “la acción civil ejercida en un proceso penal ha de referirse a daños y perjuicios producidos como consecuencia de hechos que a la vez son constitutivos de delito. Por consiguiente no puede ser considerada responsabilidad civil *ex delicto*, la derivada de una obligación anterior a su comisión y que permanece luego inalterada” por lo que la consecuencia es que la sentencia penal no podía condenar al pago de las cantidades adeudadas, lo que obligaba a los agraviados a iniciar un nuevo procedimiento ante la jurisdicción civil para reclamar dichas cantidades. Solución que, aunque ajustada jurídicamente en la interpretación de los conceptos que integran el montante de la responsabilidad civil, casaba mal con la tutela de los intereses de los perjudicados, siendo que la figura había sido introducida para su tutela, pues con esta interpretación se veían obligados a pleitear doblemente: primero ante la justicia penal y, una vez declarada la existencia del delito, ante la jurisdicción civil para obtener la satisfacción de las cantidades no abonadas.

El CP de 1995 termina con la polémica al indicar de manera expresa que “la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cantidades adeudadas” (art. 227.3). Por tanto, con independencia de otros daños que se puedan deducir de la infracción típica, la responsabilidad civil comprenderá también el montante de las prestaciones voluntariamente impagadas hasta el momento de la celebración del juicio oral, criterio que es el asumido en la Consulta de la Fiscalía del año 2007, y no siempre mantenido por la jurisprudencia que, como se ha apuntado es en este punto bastante diversa. Sin embargo el criterio de la fiscalía resulta bastante acertado por diversas razones que derivan del principio de economía procesal, si el sujeto reitera sus incumplimientos y se ha estimado que nos hallamos ante un delito permanente de tracto sucesivo, parece lógico ampliar el objeto del litigio en el sentido más amplio posible con el fin de evitar nuevos litigios, postura que, por otro lado, resulta más beneficiosa para los perjudicados al evitarles sucesivas denuncias de mantener una postura más restrictiva en este punto.

VI. CONCLUSIONES.

El delito de impago de pensiones constituye una clara manifestación del proceso expansivo que está viviendo el Derecho Penal en los últimos tiempos. Ante la incapacidad de otras instancias para solucionar los conflictos sociales de los más diversos ámbitos, se apela como panacea apta para solucionar todos los problemas al castigo penal.

No valora bien nuestro legislador los peligros que conlleva la apelación a la violencia estatal para la solución de unos conflictos que encontrarían una mejor respuesta si las otras instancias jurídicas, en este caso el Derecho civil y su orden jurisdiccional, tuvieran los medios para actuar de manera pronta y eficaz. Pero como tal es un desiderátum difícil de cumplir y es imprescindible satisfacer las necesidades de los miembros más vulnerables de la familia, se acude al Derecho penal para ver si la intimidación produce efecto y el deudor paga su deuda.

Claro que dicha “huida hacia el Derecho penal” no es gratuita, pues se hace a costa de forzar algunos de los principios que son la base y fundamento de la disciplina. Para empezar se fuerza el principio de ofensividad si consideramos que estamos ante una mera infracción formal cuyo fundamento es el castigo ante el incumplimiento de las resoluciones judiciales.

Resultaría de mayor interés que el legislador indagara nuevas fórmulas que no pasaran exclusivamente por la estricta represión para solucionar determinados conflictos, sobre todo en ámbitos como el de las relaciones familiares con un componente emocional y afectivo tan especial, el recurso a la conciliación también en ámbitos como el penal, puede ser una buena opción, mucho más positiva para ambas partes del conflicto.

